

## Die Anwendungsgrenzen des § 11 Abs. 1 DMSG

Karl, Raimund

Published: 09/07/2016

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Cyswllt i'r cyhoeddiad / Link to publication](#)

*Dyfyniad o'r fersiwn a gyhoeddwyd / Citation for published version (APA):*

Karl, R. (Author). (2016). Die Anwendungsgrenzen des § 11 Abs. 1 DMSG. Web publication/site, Internationales Österreichisches Archäologie Forum.  
<http://archaeologieforum.at/index.php/beitraege/25-forschungsberichte/7100-die-anwendungsgrenzen-des-11-abs-1-dmsg>

### Hawliau Cyffredinol / General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

9.7.2016

## DIE ANWENDUNGSGRENZEN DES § 11 ABS. 1 DMSG

**Raimund Karl**

Prifysgol Bangor University

Sowohl für ArchäologInnen als auch sonstige BürgerInnen ist es von essentieller Bedeutung zu wissen, unter welchen Umständen archäologische Feldforschungsmaßnahmen den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG und damit einer gesetzlichen Bewilligungspflicht durch das BDA unterliegen.

Die Rechtsansicht des BDA ist derzeit: *„Voraussetzung für die Aufnahme jeglicher Grabungstätigkeiten »und sonstiger Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Bodendenkmale« ist das Vorliegen eines bewilligenden Bescheides des Bundesdenkmalamtes gemäß § 11 Abs, 1 DMSG“* (BDA 2016, 6). Wie es auch auf Anfragen bestätigt und in Strafverfolgungsverfahren (z.B. BH Melk 23.9.2013, MES2-V-12 10139/5) vertritt, meint das BDA, dass diese Bewilligungspflicht für jedwede nicht von ihm selbst vorgenommene Feldforschungsmaßnahme gilt; d.h. sowohl auf denkmalgeschützten Fundstellen als auch auf nicht unter Denkmalschutz stehenden Bodenflächen.

Im Folgenden wird gezeigt, dass diese Rechtsansicht des BDA zwingend falsch sein muss; und zwar aus den folgenden Gründen:

### 1. Unverletzlichkeit des Eigentumsrechts

Gemäß Art. 5 Staatsgrundgesetz (StGG), Art. 17 Abs. 1 der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (EU 2010, 395) und Art. 1 1. ZProt. der *Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK) ist das Eigentumsrecht unverletzlich. Der Staat darf allerdings durch Gesetzgebung und Verwaltungsakte in dieses Recht eingreifen, wenn dies für das Erreichen eines öffentlichen Interesses erforderlich ist (Berka 1999, 406-14). Daher kann z.B. das Rechts des Eigentümers sein Eigentum willkürlich zu vernichten durch denkmalschutzrechtliche Bestimmungen wie die Unterschutzstellung gem. §§ 2, 2a oder 3 DMSG eingeschränkt werden. Die Unterschutzstellung stellt daher eine verfassungskonforme Eigentumsbeschränkung dar (Berka 1999, 407): besteht an der Erhaltung eines bestimmten Denkmals ein rechtswirksames öffentliches Interesse, darf der Staat dem Eigentümer jede Zerstörung oder Veränderung „seines“ Denkmals verbieten.

Die Eigentumsgarantie legt dem Staat allerdings umgekehrt dadurch auch Schranken auf, die er seinerseits nicht verletzen darf: ein Eingriff in das Eigentumsrecht ist zwar immer dann - aber auch nur dann - zulässig, wenn er im öffentlichen Interesse notwendig ist. Besitzt ein Grundeigentümer also ein archäologisches Denkmal, an dessen Erhaltung kein rechtswirksames öffentliches Interesse besteht, ist seine Eigentümerwillkür bezüglich dieses Denkmals nicht weiter beschränkt. Der Eigentümer eines nicht geschützten archäologischen Denkmals darf daher (soweit das im Rahmen der sonstigen Gesetzgebung erlaubt ist) alles damit machen, was er will, inklusive es beliebig verändern oder zerstören.

Diese Rechtsansicht ist unstrittig und wird sowohl von der Rechtsabteilung des BDA (15.2.2016, BDA-00841.sb/0016-RECHT/2016) als auch der für Denkmalschutz zuständigen Abteilung II/4 des Bundeskanzleramtes (Email C. Bazil vom 15.2.2016) geteilt. Sie entspricht darüber hinaus auch der Verwaltungspraxis, wie z.B. die im Sommer 2015 erfolgte, rechtlich folgenlose Zerstörung von 16 Grabhügeln des 8. Jh. v.Chr. (Ruprechtsberger 2003) im Zirkenauer Wald in Oberösterreich (Krieglsteiner 2015) durch ihren Eigentümer zeigt.

Darf jedoch das Recht des Eigentümers eines bereits bekannten archäologischen Denkmals, das *nicht* unter Denkmalschutz steht, mit diesem zu tun, was er will, nicht beschränkt werden; folgt zwingend, dass auch sein Recht es mit archäologischen Methoden zu untersuchen nicht beschränkt sein kann. Er darf „sein“ Denkmal schließlich auch einfach willkürlich zerstören, weshalb sollte er es dann nicht auch durch eine archäologische Ausgrabung zerstören dürfen? Wenn er mit „seinem“ Denkmal *alles* (Erlaubte) machen darf, was er will, dann muss er es auch archäologisch erforschen dürfen.

Schon alleine aus diesem Grund muss also die Rechtsansicht des BDA falsch sein, dass die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auch auf allen nicht unter Denkmalschutz stehenden Bodenflächen in Österreich gilt. Wenigstens bezüglich bereits bekannter, aber nicht unter Denkmalschutz gestellter, archäologischer Fundstellen kann sie schon alleine deshalb nicht gelten, weil in Ermangelung eines öffentlichen Erhaltungsinteresses die Willkür des Eigentümers mit „seinem“ Denkmal zu tun, was er will, durch den Staat überhaupt nicht beschränkt werden darf.

## 2. Die Freiheit der Wissenschaften

Gemäß Art. 17 Abs. 1 StGG und Art. 13 der EU-Grundrechtscharta (EU 2010, 394) ist die Wissenschafts- bzw. Forschungsfreiheit ein Grundrecht, das allen BürgerInnen gleichermaßen zukommt (siehe dazu auch Berka 1999, 342-9). Ihre Ausübung ist nicht „*vom Nachweis einer förmlichen Qualifikation abhängig*“, sondern jeder kann sich auf dieses Grundrecht berufen (Berka 1999, 343). Im Gegensatz zur Eigentumsgarantie ist die Wissenschaftsfreiheit ein vorbehaltloses Grundrecht; was bedeutet, dass der Staat auch nicht auf Grund beliebiger öffentlicher Interessen in sie eingreifen darf, sondern nur dann, wenn dies zum Schutz eines anderen „*Rechtsguts erforderlich und verhältnismäßig ist*“ (Berka 1999, 345). Der Verfassungsgerichtshof hat daher betont, dass die Wissenschaftsfreiheit „*ein absolutes Grundrecht ist, das durch kein einfaches Gesetz und durch keinen Verwaltungsakt eingeschränkt werden kann*“ (Berka 1999, 345). Sie ist also noch stärker verfassungsgesetzlich geschützt als die Eigentumsgarantie.

Darf der Staat nun in das Eigentumsrecht des Grundeigentümers nicht eingreifen, wenn dies nicht zum Schutz eines öffentlichen Erhaltungsinteresses an „seinem“ archäologischen Denkmal notwendig ist, darf der Staat noch viel weniger in die Wissenschaftsfreiheit aller StaatsbürgerInnen eingreifen dieses Denkmal archäologisch zu erforschen. In die Eigentumsgarantie greift der Staat bezüglich bereits bekannter, nicht geschützter, archäologischer Denkmale auch gar nicht ein: es ist völlig unstrittig, dass der Eigentümer „sein“ Denkmal z.B. willkürlich zerstören darf. Seine Freiheit, und auch die aller anderen BürgerInnen, dieses Denkmal archäologisch zu erforschen, darf der Staat daher noch viel weniger beschränken als seine Eigentümerwillkür. Auch deshalb muss also die Auslegung des § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA falsch sein.

Würde die Auslegung des BDA von § 11 Abs.1 DMSG stimmen, wäre diese Bestimmung ihrerseits verfassungswidrig. Denn wie wir bereits gesehen haben, ist es unstrittig, dass der Eigentümer „sein“ archäologisches Denkmal verändern oder zerstören darf, wenn es nicht unter Denkmalschutz steht. Damit wäre § 11 Abs. 1 DMSG aber eine Bestimmung, die intentional in die Wissenschaftsfreiheit eingreift: sie verbietet dem Eigentümer ja weder die Zerstörung noch die Veränderung „seines“

ungeschützten Denkmals, sondern nur dessen wissenschaftliche Erforschung. Ziel der Bestimmung wäre somit ausschließlich eine Beschränkung der Forschungsfreiheit. Genau das wird dem Staat aber jedenfalls durch Art. 17 StGG verfassungsgesetzlich verboten (Berka 1999, 345-6).

Daraus folgt zwingend, dass die genannte Rechtsansicht des BDA nicht nur falsch, sondern sogar denkunmöglich ist: um zu ihr kommen zu können muss man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber eine verfassungswidrige gesetzliche Bestimmung erlassen hat. Nachdem er das aber weder darf noch – wenigstens in der juristischen Theorie – gewollt haben kann (Berka 1999, 345), kann das BDA nicht denken, dass § 11 Abs. 1 so zu auszulegen ist, wie es das seit wenigstens 16 Jahren tut.

Damit ist zweifelsfrei bewiesen, dass die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG auf dem BDA seit mehr als 6 Wochen amtsbekannte, aber nicht unter Denkmalschutz stehende, archäologische Fundstellen nicht zur Anwendung gebracht werden können. Die Untersuchung solcher Denkmale in situ durch archäologische Maßnahmen unterliegt der Bewilligungspflicht dieses Paragraphen nicht: jeder darf sie nach Herzenslust archäologisch ausgraben oder sonstwie an Ort und Stelle archäologisch untersuchen, so lange er die Zustimmung des Grundeigentümers dazu hat.

### 3. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Damit verbleibt die Frage, ob die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG wenigstens bezüglich bisher noch unbekannter und daher noch nicht unter Denkmalschutz stehender archäologischer Gegenstände gelten könnten.

Im Unterschied zu bereits dem BDA amtsbekannten archäologischen Gegenständen könnte argumentiert werden, dass Gegenstände, die dem BDA noch gar nicht bekannt sind, von diesem auch nicht unter Denkmalschutz gestellt worden sein können, selbst wenn ihre Erhaltung auf Grund ihrer Bedeutung im öffentlichen Interesse gelegen wäre. Man könnte daher ein öffentliches Erhaltungsinteresse an noch unbekannten archäologischen Denkmalen „kraft gesetzlicher Vermutung“ postulieren. Ein derartiges öffentliches Interesse ist ja nicht nur in den Bestimmungen des § 2 DMSG vorgesehen; sondern liegt auch den Schutzbestimmungen für „Zufallsfunde“ der §§ 8 und 9 DMSG zu Grunde: diese sind bekanntermaßen verpflichtend anzuzeigen und stehen dann „kraft gesetzlicher Vermutung“ zeitweilig unter Denkmalschutz. Diese zeitweilige Unterschutzstellung dient dazu, dass das BDA die Bedeutung der gefundenen Gegenstände überprüfen und diese nötigenfalls gem. § 9 Abs. 3 DMSG dauerhaft unter Denkmalschutz stellen kann. Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG ließe sich in Bezug auf *noch unbekannte* archäologische Denkmale eventuell in gleicher Weise auslegen. Damit könnte man ein öffentliches Interesse an der Erhaltung noch unbekannter Bodendenkmale postulieren, das bereits zu dem Zeitpunkt besteht, an dem jemand diese zu finden und zu untersuchen beabsichtigt; und damit die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG für Nachforschungen zur Entdeckung noch unbekannter Bodendenkmale rechtfertigen.

Auch das ist jedoch sicherlich unmöglich. Auch unter Voraussetzung eines solchen „vermutlichen Erhaltungsinteresses“ beschränken die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG die Eigentümerwillkür nicht. Grundeigentümer dürften also vorkommende, aber noch unbekannte, Archäologie immer noch nach Belieben zerstören oder verändern. Damit würde durch diese Bewilligungspflicht neuerlich nur die Forschungsfreiheit eingeschränkt, was an den Bestimmungen des Art. 17 StGG scheitert (Berka 1999, 345-6).

Aber selbst wenn man irgendwie über diese verfassungsgesetzliche „Schranke“ hinwegkäme: eine de facto-Unterschutzstellung (wenigstens in Bezug auf die archäologische Feldforschung) ganz Österreichs auf den bloßen, unbegründeten Verdacht hin, dass irgendwo ein noch unbekanntes aber

erhaltenswertes Denkmal vorkommen könnte, wäre jedenfalls vollkommen unverhältnismäßig zur tatsächlich dadurch massiv eingeschränkten Forschungsfreiheit aller BürgerInnen. Schließlich schließt die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG zweiter Satz, dass eine „Grabungsbewilligung“ nur an Personen erteilt werden kann, die ein einschlägiges Universitätsstudium abgeschlossen haben, über 99,985% aller österreichischen StaatsbürgerInnen (Aitchison et a. 2014, 19) von der Möglichkeit eine derartige Bewilligung erteilt zu bekommen vollständig aus. Im Vergleich dazu beläuft sich der Prozentsatz der archäologischen Funde, die in Österreich gem. §§ 3 bzw. 9 Abs. 3 DMSG unter Denkmalschutz gestellt wurden, grob geschätzt auf weniger als 0,1% aller seit 1923 in Österreich gemachten archäologischen Funde. Der Anteil denkmalgeschützter – derzeit etwa 1.100 – an allen bekannten archäologischen Fundstellen in Österreich beträgt, ebenfalls zum Vergleich, rund 3,9% (Ployer 2014, 34).

So gut wie allen ÖsterreicherInnen die archäologische Feldforschungsfreiheit komplett zu nehmen, weil durch ihre Ausübung – vielleicht – in 4% aller Fälle noch unbekannte, aber schützenswerte archäologische Denkmale gefährdet werden könnten; ist sicherlich nicht verhältnismäßig. Ebenso wenig ist es zum Schutz des Rechtsgutes „archäologischer Denkmalschutz“ erforderlich die archäologische Forschungsfreiheit so radikal zu beschränken; noch dazu auf bloßen, im konkreten Einzelfall unbegründeten, Generalverdacht hin. Weil es verbleibt, wenigstens von größeren, komplexer stratifizierten und daher weit wahrscheinlicher tatsächlich „bedeutenden“ Fundstellen in der Regel selbst nach einer Erstuntersuchung mittels Ausgrabung mehr als genug ungestört im Boden zurück, um den Rest nach der ohnehin verpflichtend abzugebenden Fundmeldung unter Denkmalschutz stellen zu können. Und soweit bewegliche Kleinfunde betroffen sind; diese werden durch ihre Bergung aus dem Boden in der Regel überhaupt nicht zerstört. Dafür, dass das BDA seine Aufgabe erfüllen kann, zuvor noch unbekannte, bedeutende Denkmale nötigenfalls unter Denkmalschutz zu stellen, reicht die ohnehin vorhandene Fundmeldepflicht des § 8 Abs. 1 DMSG also vollkommen aus.

Schließlich ist noch zu bedenken, dass der Beschränkung des § 11 Abs. 1 DMSG, wenn sie für alle bisher unbekannten archäologischen Fundstellen und Funde gelten würde, bloß ein unbegründeter Verdacht zu Grunde läge, dass „überall in Österreich“ noch unbekannte, aber bedeutende, archäologische Funde bzw. Fundstellen vorkommen könnten; der sich jedoch tatsächlich in nahezu allen Fällen nicht bestätigen würde. Vergleicht man das mit der Möglichkeit zur Unterschutzstellung des § 1 Abs. 5 DMSG, die wenigstens eine „Wahrscheinlichkeit“ des Vorliegens der dafür erforderlichen Fakten voraussetzt, ist die Vorstellung völlig abwegig, dass man praktisch allen ÖsterreicherInnen überall im Land die Nachforschung nach beliebigen archäologischen Gegenständen verbieten könnte, obwohl bezüglich der konkreten Bodenfläche, auf der sie nachforschen wollen, im Normalfall nicht einmal ein begründeter Verdacht besteht, dass sich dort tatsächlich bedeutende archäologische Denkmale befinden.

Die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG können daher auch nicht auf Bodenflächen gelten, auf denen sich keine bekannten archäologischen Denkmale befinden: es ist dies weder zum Schutz noch unbekannter „bedeutender“ archäologischer Objekte erforderlich; noch ist es verhältnismäßig zu einer nahezu vollständigen Aufhebung der archäologischen Feldforschungsfreiheit.

### Zum Vergleich: das hessische „Mythos“-Urteil

In Österreich ist diese Rechtsfrage bisher (noch) nicht ausjudiziert, es lässt sich also derzeit noch nicht mit vollständiger Gewissheit sagen, ob die Gerichte die Handhabungspraxis des BDA der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG als rechtswidrig betrachten würden. Es gibt allerdings ein Urteil des *Verwaltungsgerichts* (VG) *Wiesbaden* aus Hessen (VG Wiesbaden 3.5.2000, 7 E 81800(V)),

in dem bei vergleichbarer Rechts- (cf. Bazil et al. 2015, 61-5; Martin & Krautzberger 2010, 887-91) und vor allem nahezu identer Grundrechtslage (cf. Berka 1999, 342-9; Pieroth et al. 2015, 172-80) in vergleichbaren Fragen bereits entschieden wurde. Auch wenn dieses Urteil auf Österreich natürlich nicht direkt anwendbar ist, zeigt es dennoch, wie Gerichte in vergleichbaren denkmalschutzrechtlichen Fragen die Grundrechtssituation betrachten; die ja nicht nur in Österreich und Deutschland, sondern insgesamt in der EU im Sinne der europäischen Grundrechtscharta (EU 2010) als praktisch gleich zu betrachten ist.

Im konkreten Fall in Hessen unterschied sich im Jahr 2000 und unterscheidet sich auch heute (das DSchG Hessen wurde zuletzt 2012 novelliert, aber in Bezug auf die Regelung der Grabungsbewilligungspflicht dabei nicht maßgeblich verändert) die denkmalschutzrechtliche Situation in Bezug auf die wissenschaftliche archäologische Feldforschung von der in § 11 Abs. 1 DMSG geregelten österreichischen Rechtslage hauptsächlich nur insofern, als § 21 DSchG Hessen die Nachforschungsgenehmigung (NFG) im Unterschied von § 11 Abs. 1 DMSG nicht vom Abschluss eines einschlägigen Universitätsstudiums abhängig macht. Gem. § 21 DSchG Hessen bedarf die Nachforschung, und insbesondere die Grabung, mit dem Zweck der Entdeckung von Bodendenkmälern der Bewilligung durch die oberste Denkmalschutzbehörde, d.h. das *Landesdenkmalamt* (LDA) (seit 1998, davor war das hessische Ministerium für Wissenschaft und Kunst für die Erteilung von NFGs zuständig). Wem eine solche Bewilligung erteilt werden kann, wird durch § 21 DSchG Hessen aber nicht näher spezifiziert; d.h. die Bewilligung kann grundsätzlich jedem, der darum ansucht, erteilt werden.

Ende 1998 stellten mehrere Laien, die eine Prospektion mit Metallsuchgeräten durchführen wollten und im eingetragenen Verein „Mythos“, einem hessischen Verein für Geschichtsinteressierte, organisiert waren, einen Antrag auf Erteilung einer solchen NFG an das LDA. Das LDA verweigerte diesen jedoch die Erteilung der beantragten Bewilligung; obgleich diese Personen bereits zuvor, als noch das hessische Wissenschaftsministerium dafür zuständig gewesen war, eine solche NFG – zeitlich beschränkt und Ende 1998 abgelaufen – erteilt bekommen hatten; der Antrag auf Erteilung der NFG also eigentlich ein solcher auf Verlängerung der bereits zuvor bestehenden NFG gewesen war. Gegen diese Abweisung erhoben die Antragsteller Beschwerde, diese führte letztendlich zum o.g. Urteil des VG Wiesbaden.

Die gegen die Erteilung der NFG vom LDA angeführten Gründe waren dabei hauptsächlich die folgenden:

- 1) würde die geplante Suche mit dem Metallsuchgerät potentiell Bodendenkmale gefährden,
- 2) sei die Suche nach Bodendenkmälern durch Metallsucher nicht als sachgerechte archäologische Grabung zu betrachten und laufe daher dem gesetzlichen Schutzziel der Erhaltung dieser Bodendenkmäler entgegen, und
- 3) sei eine ausreichende fachliche Kontrolle der Forschungen von „ehrenamtlichen“ Mitarbeitern und insbesondere von Metallsuchern aufgrund des Personalstandes des LDA nicht zu bewältigen.

Diese Gründe wurden jedoch vom VG Wiesbaden in seiner Urteilsbegründung allesamt – und das Großteils in vernichtender Diktion – zurückgewiesen. Vielmehr wurde dem Kläger stattgegeben, und zwar im Wesentlichen aus den folgenden Gründen:

- 1) habe das LDA die Zuverlässigkeit und Befähigung des Klägers im Einzelfall nicht geprüft, ja war an einer derartigen Überprüfung überhaupt nicht interessiert; und hat daher den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Reaktion verletzt.

- 2) würden „radikale Schutzmaßnahmen“ dann ausscheiden, *„wenn auch mit differenzierteren – und die privaten Rechte eines Antragstellers weniger beschneidenden – Maßnahmen ein vertretbarer Schutz des angeblich gefährdeten Gemeinwohlgutes erreicht werden kann“* (VG Wiesbaden 3.5.2000, 7 E 81800(V), 8).
- 3) wären keineswegs alle gesuchten Objekte überhaupt „Bodendenkmäler“ im Sinne des § 19 DSchG Hessen. Soweit bei der Suche doch metallische Bodendenkmäler entdeckt werden würden, sei eine Meldung an das bzw. Vorlage dieser beim LDA zur Begutachtung zum Erreichen des gesetzlichen Schutzzieles ausreichend.
- 4) bezögen sich die geplanten Forschungen des Klägers in erster Linie auf den gestörten Oberboden auf früher oder heute durchpflügten Äckern, der bei archäologischen Rettungsgrabungen regelhaft als unwichtig bewertet und mit dem Bagger abgeräumt werde.
- 5) hätten sich Entscheidungen des LDA an der tatsächlichen Gefährdung schützenswerter Gemeinwohlgüter zu orientieren, wobei die Abwägung zwischen Gemeinwohl- und Einzelwohlgut nicht derart verkürzt werden könne, *„dass jede Gefährdung so radikal ausgeschlossen werden muss, dass an Privatpersonen überhaupt keine Genehmigung erteilt werden“* (VG Wiesbaden 3.5.2000, 7 E 81800(V), 9).
- 6) hätten sich Genehmigungen gem. § 21 DSchG Hessen generell an einer verhältnismäßigen Gefahrenabwehr zu orientieren; wobei besonders zu berücksichtigen sei, dass sich der Antragsteller auf Grundrechte, insbesondere das der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz (GG) stützen könne: *„Es wäre eine unzulässige Verkürzung eines demokratischen Grundrechtsverständnisses, wenn die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit nur habilitierten Professoren oder promovierten Kunsthistorikern zur Seite stünde. Auch ein Geschichtsforschungsverein aus Privatleuten darf sich auf dieses Grundrecht berufen, auch wenn diese keine fachwissenschaftliche Ausbildung haben, wie Mitarbeiter des Landesamtes für Denkmalpflege.“* (VG Wiesbaden 3.5.2000, 7 E 81800(V), 10).

Man beachte hierbei insbesondere die Auslegung des Wirkungsbereichs der Wissenschaftsfreiheit durch das VG Wiesbaden, dass sich auf die Wissenschaftsfreiheit jeder stützen könne, nicht nur fachlich qualifizierte Personen, die nahezu wortlautgleich mit der entsprechenden einschlägigen Judikatur der österreichischen Höchstgerichte ist (Berka 1999, 343). Man beachte ebenso das Abstellen des VG Wiesbaden auf die Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit der staatlichen Eingriffe in die (Grund-) Rechte der Privatperson, die nicht „radikal“ sein dürfen, sondern tatsächlich zum Erreichen des gesetzlichen Schutzzieles geeignet und mit diesem verhältnismäßig sein müssen; genauso, wie das auch die österreichische höchstgerichtliche Judikatur sieht (Berka 1999, 345).

Der einzige wesentliche Unterschied zwischen Hessen und Österreich ist der, dass – wenn die bisherige Auslegung des § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA stimmen würde – in Hessen das LDA durch Verweigerung der NFG an Laien „radikale“ Schutzmaßnahmen umzusetzen versucht hat; während in Österreich diese ebenso „radikalen“ Schutzmaßnahmen gegen die Erforschung von Denkmälern Gesetz wären, während die Zerstörung dieser Denkmale aus anderen Motiven ihrem Eigentümer jeweils vollkommen frei erlaubt ist. Diese Annahme wäre allerdings vollständig widersinnig, weil dadurch das gesetzliche Schutzziel ja gar nicht erreicht würde, also nicht nur keine verhältnismäßige, sondern bei realistischer Betrachtung überhaupt keine Gefahrenabwehr durch die gesetzlichen Regelungen erreicht wird.

In Anbetracht der offensichtlichen Parallelität der Sichtweise der Wissenschaftsfreiheit und der Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in private Rechte durch sowohl den VG Wiesbaden in einem ganz konkret die Genehmigung wissenschaftlicher archäologischer Feldforschungen betreffenden Fall als auch die österreichischen Höchstgerichte in anderen als auf



den Denkmalschutz bezogenen Fällen kann man also mit einiger Gewissheit davon ausgehen, dass VwGH und VfGH die österreichische Rechtslage und ihre Handhabung nicht anders beurteilen würden, als oben ausgeführt. Eine Bewilligungspflicht für invasive archäologische Maßnahmen auf Bodenflächen, die aufgrund ihrer tatsächlichen oder im Sinne von § 1 Abs. 5 letzter Satz DMSG bei bestehender akuter Gefährdung und noch nicht ausreichender Erforschung wenigstens wahrscheinlichen Bedeutung wegen eines besonderen Schutzes vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland bedürfen, kann durchaus angebracht sein. Diese kann jedoch sicherlich nicht einfach auf ganz Österreich ausgedehnt werden, weil ja „überall ein wichtiges aber noch unbekanntes Bodendenkmal vorkommen könnte“, schon gar nicht, wenn ein an der entsprechenden Stelle vorkommendes Bodendenkmal bereits bekannt und dem BDA nicht ausreichend bedeutend erschienen ist, um seine Unterschutzstellung zu veranlassen. Wo kein bekanntes besonderes Schutzbedürfnis besteht, genügen die ohnehin geltenden Meldepflichten des § 8 und ihre Rechtsfolgen gem. § 9 DMSG wohl vollständig, damit ein *„vertretbarer Schutz des angeblich gefährdeten Gemeinwohlsgutes erreicht werden kann“* (VG Wiesbaden 3.5.2000, 7 E 81800(V), 8).

## Schlussfolgerungen

Aus den in diesem Beitrag ausgeführten Gründen kann also die Rechtsansicht des BDA über den Anwendungsbereich von § 11 Abs. 1 DMSG unmöglich richtig sein. Würde diese Bestimmung nämlich tatsächlich auch auf nicht unter Denkmalschutz stehenden Bodenflächen gelten, würde sie massiv in zwei verfassungsgesetzlich geschützte Grundrechte eingreifen, in die Unverletzlichkeit des Eigentumsrechts und in die Freiheit der Wissenschaft. Ein rechtswirksames öffentliches Erhaltungsinteresse bezüglich bereits bekannter, nicht unter Schutz gestellter, archäologischer Denkmale, welches derartige Grundrechtseingriffe rechtfertigen könnte, fehlt jedoch vollständig. Ein mit viel Fantasie konstruierbares öffentliches Interesse „auf Verdacht“ an der Erhaltung noch unbekannter archäologischer Gegenstände ist zum ausreichenden Schutz möglicherweise überall, aber an jedem beliebigen konkreten Ort wahrscheinlich nicht, existierender Denkmale weder erforderlich noch zu derart massiven Grundrechtseingriffen verhältnismäßig. Die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 wären daher verfassungswidrig, was denkunmöglich ist.

Eine verfassungsrechtlich (wenigstens weitgehend) unbedenkliche Auslegung der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG ist aber durchaus möglich. Beschränkt man ihre Anwendbarkeit auf unter Schutz gestellte archäologische Denkmale, bewegt man sich damit innerhalb des von der Verfassung vorgegebenen Rahmens: an der Erhaltung unter Denkmalschutz stehender archäologischer Gegenstände besteht ein festgestelltes, rechtswirksames öffentliches Interesse. Dieses, und *nur* dieses, berechtigt den Staat durch ‚einfache‘ Gesetze oder Verwaltungsakte in die genannten Grundfreiheiten einzugreifen. Und tatsächlich werden durch die Unterschutzstellung die betroffenen Denkmale auch nicht nur vor ihrer Erforschung, sondern tatsächlich vor ihrer – aus welchen Gründen auch immer beabsichtigten – Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland geschützt; und die Regelungen des § 11 Abs. 1 DMSG, wenn sie nur auf geschützte Denkmale anwendbar ist, somit zu einer Bestimmung, die – unter bestimmten Voraussetzungen – die Ausübung der archäologischen Feldforschungsfreiheit, auch mit zerstörerischen Forschungsmethoden, auch dann ermöglicht, wenn die Zerstörung bzw. Veränderung des betreffenden Denkmals eigentlich durch seine Unterschutzstellung untersagt wurde. Eine Bestimmung im DMSG zu haben, die die wissenschaftliche Erforschung von Denkmalen mit invasiven archäologischen Feldforschungsmethoden auch dann ermöglicht, wenn das untersuchte Denkmal unter Denkmalschutz steht, ist verfassungsrechtlich völlig unbedenklich.



Die bisherige Handhabung der Bestimmungen von § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA, soweit sie die Anwendung der Feldforschungsbewilligungspflicht auf nicht denkmalgeschützte archäologische Gegenstände betroffen hat, war also verfassungs- und damit auch rechtswidrig. Nachdem das BDA keine verfassungswidrigen Verwaltungsakte setzen darf, ist seine Handhabung der Bestimmungen von § 11 Abs. 1 DMSG mit sofortiger Wirkung umzustellen. Wie gezeigt wurde, kann die archäologische Feldforschungsbewilligungspflicht nur auf denkmalgeschützte archäologische Gegenstände betreffende archäologische Maßnahmen zur Anwendung gebracht werden.

## Nachwort

Das Manuskript dieses Beitrags wurde am 16. Februar 2016 mit Bitte um Begründung der abweichenden Rechtsansicht der zuständigen Behörden bzw. erläuterndes Gespräch dem Leiter der Abteilung für Archäologie, dem Verwaltungsdirektor und der Präsidentin des BDA sowie dem zuständigen Ministerialrat im Bundeskanzleramt zur Kenntnis gebracht. Im Erledigungsschreiben des Verwaltungsdirektors des BDA vom 21. März 2016 bedankte sich dieser im Namen des BDA für die Übermittlung meiner Ausführungen und teilte mit, dass das BDA gerne auf mein Gesprächsangebot zurückkommen werde, wenn sich seitens des Amtes Bedarf für einen Gedankenaustausch ergeben sollte. Dieser Bedarf ist bisher nicht eingetreten.

Nachdem das BDA zwischenzeitlich weiterhin auch gegenüber Dritten unverändert auf seiner wie oben gezeigt denkunmöglichen Rechtsansicht beharrt hat, habe ich daraufhin mit Schreiben vom 22. April 2014 eine Anfrage gem. § 2 Auskunftspflichtgesetz an das für die Auslegung der denkmalschutzgesetzlichen Bestimmungen zuständige Kanzleramtsministerium gestellt. Der Eingang dieser Anfrage wurde noch am gleichen Tag vom zuständigen Ministerialrat per Email bestätigt. Mit Ablauf der gem. § 3 Auskunftspflichtgesetz vorgesehenen Beantwortungsfrist für derartige Anfragen hat das BKA per Bescheid die Beantwortung dieser Anfrage mit – im Wesentlichen – der Begründung verweigert, dass das BKA laut Auskunftspflichtgesetz zur Beantwortung einer ausführlichen Anfrage dieser Art und auch nicht zur Abgabe eines Rechtsgutachtens verpflichtet sei. Die Behörde sei nur zur Auskunft über ihr bereits bekannte Fakten verpflichtet.

Dies begründet den Verdacht, dass die zuständigen Behörden entweder selbst nicht wissen, wie sie ihre Auslegung der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG begründen und insbesondere verfassungsgesetzlich rechtfertigen können oder keine Begründung ihrer Ansicht darlegen wollen, weil sie sich bewusst sind, dass ihre Rechtsansicht denkunmöglich ist und sie vorsätzlich die gesetzlichen Bestimmungen verfassungswidrig auslegen und zur Anwendung bringen. Gleichgültig, welche dieser beiden Möglichkeiten zutreffen sollte, beide sind vollständig inakzeptabel: die Behörden sind gesetzlich verpflichtet, die von ihnen zu exekutierenden Gesetze verfassungskonform auszulegen. Können sie ihre Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung nicht begründen und verfassungsgesetzlich rechtfertigen, sind sie verpflichtet, ihre Auslegung dieser Bestimmung so abzuändern, dass die neue Auslegung begründbar ist. Geschieht dies nicht, besteht der Verdacht einer vorsätzlichen Kompetenzüberschreitung durch die zuständigen Behörden.

Nachdem es meiner Erwartung entsprach, dass die Frage, weshalb die Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG in der vom BDA und BKA postulierten Weise trotz der oben vorgebrachten Argumente verfassungskonform sein soll, durch BDA und BKA unbeantwortet bleiben würde, ist daher eine Überprüfung der derzeit vom BDA zur Anwendung gebrachten Rechtsansicht zum Anwendungsbereich dieser Bestimmungen auf anderem, nämlich gerichtlichem Weg erforderlich. Ein Testfall zur Beantwortung dieser Frage ist bereits am Laufen, über den ich zu gegebener Zeit ebenfalls berichten werde.

## Bibliografie

Aitchison, K. at al. 2014. *Discovering the Archaeologists of Europe 2012-2014: Transnational Report*. York: Archaeological Trust, [http://www.discovering-archaeologists.eu/national\\_reports/2014/transnational\\_report.pdf](http://www.discovering-archaeologists.eu/national_reports/2014/transnational_report.pdf) (1/2/2016).

Bazil, C., Binder-Krieglstein, R., Kraft, N. 2015. *Das österreichische Denkmalschutzrecht*. 2nd ed., Wien: Manz.

BDA 2016. *Richtlinien für archäologische Maßnahmen*. 4. Fassung – 1. Jänner 2016. Wien: Bundesdenkmalamt, <http://www.bda.at/documents/579610426.pdf> (1/2/2016).

Berka, W. 1999. *Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*. Wien & New York: Springer.

EU 2010. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (2010/C 83/02). Amtsblatt der Europäischen Union C 83/389, [http://www.europarl.de/resource/static/files/europa\\_grundrechtecharta/30.03.2010.pdf](http://www.europarl.de/resource/static/files/europa_grundrechtecharta/30.03.2010.pdf), (18/1/2016).

Krieglsteiner, A. 2015. *Mittelalterliche Hügelgräber durch Forststraße zerstört*. <http://www.nachrichten.at/oberoesterreich/Mittelalterliche-Huegelgraeber-durch-Forststrasse-zerstoert;art4,2000828> (24/11/2015).

Martin, D.J., Krautzberger, M. (Hg.), *Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege*. 3. Aufl., München: C.H. Beck.

Pieroth; B., Schlink, B., Kingreen, T., Poscher, R. 2015. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 31. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller.

Ployer, R. 2014. Das "Unterschutzstellungsprogramm Archäologie". *Fundberichte aus Österreich* 53, 34-5.

Ruprechtsberger, E. 2003. Die Ausgrabungen in Engerwitzdorf 2000-2002. In J. Leskovar, C. Schwanzar, G. Winkler (Hg.), *Worauf wir stehen. Archäologie in Oberösterreich*, 85-8. Kataloge des OÖ Landesmuseums NF 195, Linz: Land Oberösterreich / OÖ Landesmuseen.

### **Anschrift des Autors:**

Prof. PD Mag.Dr. Raimund KARL FSA FSASCOT MIFA  
School of History, Welsh History and Archaeology  
Prifysgol Bangor University  
College Road  
Bangor, Gwynedd LL57 2DG  
United Kingdom  
[r.karl@bangor.ac.uk](mailto:r.karl@bangor.ac.uk)

### **Empfohlene Zitierweise für diesen Artikel:**

Karl, R. 2016. Die Anwendungsgrenzen des § 11 Abs. 1 DMSG. Wien: <http://archaeologieforum.at>.